

A. I. Nº - 130577.0045/12-5  
AUTUADO - JHSF SALVADOR EMPREENDIMENTOS E INCORPORAÇÕES S.A  
AUTUANTE - GRAÇA HELENA SOUZA CARDOSO  
ORIGEM - IFMT METRO  
INTERNET - 12/072013

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0159-03/13

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. EMPRESA CONSTRUTORA. Não é devida a “diferença de alíquota” em operações interestaduais promovidas por não contribuinte do ICMS. Auto DE Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O lançamento em epígrafe foi efetuado contra a empresa JHSF SALVADOR EMPREENDIMENTOS E INCORPORAÇÕES pelo cometimento da seguinte infração “falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa ou anulada.” O fato descrito refere-se a “falta de recolhimento do ICMS constante do DANFE n. 201368, destinadas a contribuintes descredenciados por baixa de ofício, estando o mesmo adquirindo mercadorias para uso e consumo utilizando Alíquota de 7% (Comercialização) nesta operação”. Imposto lançado no valor R\$ 9.007,21.

Tempestivamente o contribuinte apresenta sua impugnação demonstrando o seu inconformismo com o lançamento e aduz em seu favor o seguinte: Diz que é *“pessoa jurídica de direito privado que tem por objeto social a incorporação imobiliária, desmembramento e loteamento de terrenos e construção civil por empreitada, por administração e por conta própria (Doc. 01), revestindo-se, assim, da condição de contribuinte do ISS e que para viabilizar a realização do empreendimento com a qualidade e custo esperados, a Impugnante, no desenvolvimento de suas atividades de construção, adquire em outros Estados determinados insumos a serem aplicados na prestação dos serviços.”* Acrescenta que nesse contexto adquiriu junto à SMS Tecnologia Eletrônica Ltda. equipamentos elétricos a serem montados no Shopping Bela Vista, cuja remessa foi acobertada pela Nota Fiscal de nº 201368 (Doc. 03). Aduz que surpreendido pelo lançamento de ofício entende que mesmo *“não merece prosperar, tendo em vista que (i) a Impugnante não é contribuinte do ICMS, (ii) as mercadorias adquiridas não são destinadas à comercialização, mas à aplicação, como insumos, em obra de construção civil, (iii) a sua inscrição cadastral não está irregular e (iv) o imposto foi regularmente recolhido ao Estado de origem, razão pela qual deve ser julgado improcedente, com o consequente cancelamento do débito nele exigido”*. Salienta *“que não é, nem nunca foi, contribuinte do ICMS, haja vista que não realiza o fato gerador do imposto, qual seja, a circulação de mercadorias, não se enquadrando em quaisquer das hipóteses previstas no art. 5º da Lei nº 7.014/96”*. Cita dispositivos, textos doutrinários e decisões de Tribunais superiores onde esta referenciado *“que as empresas de construção civil apenas se sujeitam à incidência do ICMS e, por conseguinte, caracterizam-se como contribuintes do imposto, quando produzem, fora do local da obra, material a ser aplicado no serviço.”* Ratifica a sua condição de não ser contribuinte do ICMS e que as mercadorias - equipamentos elétricos (*nobreaks*) - acobertadas pela referida Nota Fiscal nº 201368 *“não são destinadas à comercialização, mas à aplicação na prestação do serviço de construção civil realizada pela empresa”* fato que pode ser constatado com a indicação trazida, no campo Informações Complementares do documento fiscal onde esta posto como local de entrega *“a Rua dos Rodoviários, nº 01, onde estavam sendo realizadas as obras do empreendimento citado.. não*

*tendo sido, jamais, destinados à comercialização...” caracterizando-se deste modo, de acordo com a autuada, a sua condição de consumidora final. Entende que “nesse contexto, não pode ser exigido o ICMS antecipado na operação em apreço, haja vista que a antecipação parcial é mecanismo de tributação aplicável às aquisições interestaduais de mercadorias adquiridas para revenda, como se depreende a partir da análise do art. 12-A da lei nº 7.014/96” que transcreve. Salienta também que os Tribunais Superiores “já sedimentaram o entendimento acerca da impossibilidade de exigência de diferença de ICMS em aquisições interestaduais efetuadas por empresas de construção civil” e traz a colação ementa de um RECURSO ESPECIAL (EResp 149.946/MS) sobre DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS de EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL onde são mencionados vários precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria cuja conclusão foi no sentido de que “as empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do ICMS. Consequentemente, “há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que ‘as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual’”. Transcreve também as ementas relativas aos RE-AgR 579084 e E-AgR 572811 do STF.*

quanto a acusação de que estaria com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa ou anulada aduz que “não é esta a verdade dos fatos”. diz que nunca foi contribuinte e portanto não era obrigada a possuir inscrição no cadastro estadual. optou porém , de acordo com a faculdade assegurada pela legislação por uma inscrição estadual na condição de especial, que era destinada a não contribuintes do imposto de acordo com o então art. 150 do RICMS/BA, que transcreve sendo este mesma a forma, disposta no artigo 543, ora revogado, que também transcreve. Relembra que a partir da do decreto nº 13.165/2011, todas as inscrições da categoria “especial” foram desabilitadas, “não existindo mais tal condição cadastral na legislação do ICMS desde 01.11.2011 nos termos do art. 9º do referido decreto”, que transcreve. Conclui este argumento reafirmando que “não é um contribuinte com inscrição estadual irregular, suspensa, baixada ou cancelada e sim um não contribuinte, que possuía uma inscrição facultativa no cadastro estadual na condição de especial, inscrição esta que foi desabilitada através da citada norma”.

Entende que também é necessário deixar claro que “caso restasse configurado recolhimento a menor do ICMS nas aquisições interestaduais efetuadas pela Impugnante, a diferença de imposto seria devida ao Estado de origem, onde ocorreu o fato gerador, e, jamais, ao Estado da Bahia”. Cita e transcreve artigos da lei 7.014 sobre a ocorrência do fato gerador, local da operação inclusive sobre a hipótese em análise prevendo através do “próprio RICMS/BA anterior estabelecia que nas aquisições interestaduais efetuadas por construtoras inscritas na condição de Especial, como era o caso da Impugnante, caso o destaque do imposto fosse efetuado a menor, a adquirente deveria recolher o complemento através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNR, em favor do Estado remetente, ou o fornecedor deveria recolher a diferença mediante emissão de documento fiscal complementar” de acordo com o Art. 541, § 1º, “c”.

Conclui sua impugnação pedindo o seu acolhimento e a consequente insubsistência da autuação. O autuante apresenta sua informação fiscal onde de forma objetiva coloca o seguinte:

*“Alega a empresa que tais produtos (os listados na Nota Fiscal 201.368) não são destinados a comercialização e, como tais, não estão sujeitas à cobrança da antecipação parcial – o que não é o caso. Alega, ainda, que o Decreto 13.165/2011 desabilitou todas as inscrições estaduais da categoria especial, não existindo mais tal condição cadastral na legislação do ICMS desde 01.11.2011. Tudo exposto passamos a responder: As quantidades contidas no documento fiscal já mencionada acima indicam que as mercadorias destinam-se efetivamente à comercialização e a empresa, em nenhum momento da sua peça processual consegue elidir tal fato. Desta forma,*

*confirmamos a ação fiscal e requeremos que o presente feito seja julgado procedente em sua inteireza.”*

## **VOTO**

O presente lançamento de ofício foi lavrado para impor a empresa em epígrafe o pagamento do ICMS e multa pela suposta falta de recolhimento do imposto estadual na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa ou anulada. E o fato foi descrito como a “falta de recolhimento do ICMS constante do DANFE n. 201368, destinadas a contribuintes descredenciados por baixa de ofício, estando o mesmo adquirindo mercadorias para uso e consumo utilizando Alíquota de 7% (Comercialização) nesta operação”

Sem necessidade de maiores interpretações o fato descreve de forma clara a ocorrência de um equívoco por parte da autuante. O contribuinte deixou claro em sua impugnação a total improcedência do lançamento com fundamento não só da legislação tributária estadual como em várias decisões dos nossos Tribunais Superiores.

A insubsistência da autuação ocorre por motivos que considero de fácil entendimento e como disse, sem necessidade de maiores aprofundamentos e podem assim ser sintetizados:

1. Não se trata de mercadoria. A quantidade por si só, diversamente do que disse a autuante não é caracterizador de uma possível comercialização. E na hipótese em comento o fato de destinar-se a um empreendimento do porte de um shopping seria por si só motivo suficiente para apresentar tais quantidades;
2. Não se trata de contribuinte “descredenciados por baixa de ofício,” e sim de uma empresa que por força da legislação tributária estadual deixou de ter inscrição estadual;
3. Como colocou o autuado caso houvesse imposto a recolher isto deveria ser feito em relação ao estado de origem da mercadoria na forma estabelecida pela nossa legislação.

Pelo exposto concluímos que o autuado além de não ser contribuinte, não adquiriu mercadorias para comercialização e a sua inscrição não pode ser considerada irregular pois a sua retirada do denominado Cadastro Especial foi uma decisão unilateral do Estado de acordo com a legislação retro mencionada e dessa forma voto no sentido de que o lançamento seja considerado improcedente.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração Nº **130577.0045/12-5** lavrado contra **JHSF SALVADOR EMPREENDIMENTOS E INCORPORAÇÕES S.A.**

Sala das Sessões do Conseq, 03 de Julho de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR